

Fra governo degli uomini e governo della legge: rule of law e ordine spontaneo

di Maria Chiara Pievatolo

in: Pietro Costa, Danilo Zolo (a cura di) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002

Sommario

Hayek e Leoni hanno sostenuto che solo una *rule of law* giurisprudenziale prodotta da magistrati e notabili può comporre un ordinamento giuridico non autoritario, perché espressione di un ordine spontaneo esito dell'evoluzione storica, invece che della violenza ottusa e presuntuosa della deliberazione politica, indifferentemente democratica o no.

Quando il *Politico* di Platone contrapponeva il governo degli uomini al governo delle leggi, trattava il secondo come una soluzione di ripiego per un mondo non più naturalmente ordinato bensì storicamente e culturalmente caotico e privo di governanti divini e sapienti in grado di allevare gli esseri umani come se fossero greggi. Il governo delle leggi ha dei difetti - autoritarismo, generalità, rigidità - ed è soggetto a processi aleatori di deliberazione politica ma pare preferibile a quello degli uomini, proprio perché nella storia, ormai, non ci sono più dei a governare ma uomini soltanto. Contro Platone, Hayek e Leoni tentano di attribuire alla loro versione della *rule of law* una sapienza sovraumana, così da elevarla, trasformando la storia in una storia naturale, da surrogato esposto alla discussione a soluzione finale del dilemma del *Politico*: l'ordine spontaneo di cui la *rule of law* è espressione garantisce libertà e sviluppo civile in quanto ricostruttivamente rappresentabile come esito di un'evoluzione scelta da nessuno, alla maniera dei sentieri nel bosco, formati spontaneamente e per l'utilità di tutti grazie ai ripetuti passaggi di viandanti intenti a individuali camminate.

Questa tesi presuppone però che sul bosco - come sulla società - sia possibile raccontare una storia soltanto, ed esclusivamente nella prospettiva e negli interessi di chi lo riduce a luogo di passeggio. In questo spazio definito da un'unica storia divenuta storia naturale, perfino la liberale libertà individuale non ha un valore morale, ma soltanto evolutivo, sperimentale e strumentale: se "la civiltà" fosse onnisciente essa diventerebbe inutile. Teorie dell'ordine spontaneo come quelle di Hayek e Leoni si preoccupano di dimostrare che è possibile solo una determinata storia naturale o si limitano soltanto a postularla? Se, infatti, come risulterà dall'analisi di questo articolo, non fosse dimostrato che la storia è una e una soltanto, il loro appello antidemocratico al diritto giurisprudenziale si ridurrebbe a un affidamento tecnocratico, basato su una teoria della società assunta arbitrariamente come naturale, a un governo non genericamente di uomini, ma, specificamente, di un'élite di notabili.

1. Il governo della legge come governo di uomini. 2. Stato di diritto e storicismo giuridico. 3. La rule of law come ordine spontaneo: il problema della libertà individuale. 4. La rule of law come ordine spontaneo: la naturalità del diritto. 5. La rule of law come ordine spontaneo: il carattere indeterminato delle norme. 6. Rule of law e democrazia

Se affrontati in una prospettiva storica, giusnaturalismo e formalismo giuridico appaiono unilaterali: il primo propone valori e modelli che possono essere teoricamente superati e praticamente disattesi, mentre le strutture del secondo¹ sono esposte al rischio di ridursi a contenitori ininfluenti di scelte sostantive formalmente incontrollabili.² Un *ubi consistam* storico radicherebbe invece, quasi come una seconda natura, la norma nel fatto, o, meglio, nello sviluppo del fatto. Quanto ciò sia vero dipende, però, non solo dal modo in cui la storia viene raccontata, ma anche e soprattutto dalla circostanza, tutta da dimostrare, che sia possibile raccontare una storia, e una soltanto.

La versione del neoliberalismo che si radica nell'individualismo metodologico, fra i cui campioni si annoverano l'austriaco Friedrich A. von Hayek e l'italiano Bruno Leoni, racconta un'unica storia - così forte da sentirsi in grado di fondare lo stato di diritto senza ricorrere a valori morali, a strutture formali e a istituzioni formalmente determinate. La sua tesi fondamentale, applicata al diritto, è la seguente: la *rule of law* si compone di principi che nessuno ha scelto consapevolmente, ma che sono il prodotto evolutivo non intenzionale delle azioni individuali. Il diritto si forma come i sentieri in una foresta intricata: ciascun viandante cerca di farsi largo fra le frasche e i passaggi ripetuti producono percorsi su cui tutti possono contare e che

"funzionano" assai "meglio" degli itinerari progettati a tavolino.³ Diritto e storia non sono in conflitto perché le norme che meritano di essere dette giuridiche si compongono in un "ordine spontaneo" di regolarità naturalistiche selezionate evolutivamente.

Questa interpretazione del diritto - dice Hayek - è deduttiva o ricostruttiva: non siamo propriamente in grado di venire a sapere in che modo si sia formato un particolare sentiero, ma possiamo dedurre come ciò avvenga in generale, perché conosciamo il comportamento dei nostri simili che cercano una strada, e, su questa base, possiamo costruire idealmente un modello genealogico. Ma, se è vero che questa spiegazione è di carattere deduttivo, allora quanto per Hayek è ordine spontaneo, dal punto di vista di chi cerca una strada, per altri può essere irregolarità e disordine - ad esempio dal punto di vista di un cercatore di funghi per il quale le piste battute sono infeconde o di chi si preoccupa della salvaguardia del suolo dall'erosione. Possiamo, in effetti, raccontare non una ma molte storie e costruire per deduzione molti modelli di ordine diversi e confliggenti, a seconda del punto di vista che conduce ad assumere come decisivo ora uno ora un altro principio di ordinamento. Chi sente di avere "la" storia dalla sua parte ha dalla sua parte soltanto una genealogia costruita sulla base del suo punto di vista e di un suo interesse particolare.

La metafora della formazione "spontanea" dei sentieri suggerisce una contrapposizione fra un'idea del diritto come progetto deliberato che si regge su istituzioni politiche e una sua rappresentazione come ordine spontaneo, rispetto al quale le istituzioni politiche sono strumentali se non superflue o addirittura nocive. Questa bipartizione oppone al *Rechtstaat* continentale, allo stato democratico costituzionale ed ai sistemi totalitari, soprattutto socialisti, un'unica forma genuina di stato di diritto, che è la *rule of law* anglosassone, fondata sulla tradizione e sul diritto giurisprudenziale. Sul piano della produzione normativa, si ha un vero stato di diritto solo quando le decisioni su che cosa è diritto sono prese essenzialmente o esclusivamente dai giudici e dai giureconsulti, nel contesto di una tradizione organica, e non dai corpi legislativi.⁴ Solo la *rule of law* è il governo della legge: tutto il resto è governo di uomini - siano essi, indifferentemente, maggioranze democratiche, governanti e funzionari in uno stato di diritto amministrativo o dittatori totalitari. Da una parte, ci sono gli uomini con le loro scelte arbitrarie; dall'altra il diritto e la tradizione, con le loro determinazioni che vanno al di là di quanto fanno e vogliono i singoli. Il rapporto fra la storia e il diritto come forma e scelta politica non è un problema, perché il diritto, propriamente inteso, è "la" storia.

Se però per stato di diritto s'intende, come scrive Pietro Costa nell'introduzione a questo volume, un complesso di meccanismi per mediare, modulare e controllare la relazione fra il potere e i singoli, ci si può domandare se l'assimilazione del diritto alla storia - o, meglio, a *una* storia raccontata in un certo tempo, in un certo luogo e in un certo modo⁵ - offra davvero una mediazione giuridica concettualmente determinata. La teoria della *rule of law* come ordine spontaneo fiorisce ed è fiorita in climi teorici e politici di scontro fra filosofie della storia, di fronte ad esperienze rivoluzionarie importanti e controverse come quella francese e russa. In queste atmosfere, la materia del contendere fra le filosofie della storia tradizionaliste, da una parte, e le posizioni progressive e profetiche, dall'altra, era politicamente determinata: ma, trascorsi i tempi delle contrapposizioni, occorre chiedersi se questa teoria sia in grado di offrire una struttura definita in grado di sopravvivere alle sue polemiche.

1. Il governo della legge come governo di uomini

La contrapposizione di Hayek fra ordine (giuridico) spontaneo e ordine artificiale umano ricalca l'opposizione fra governo della legge e governo degli uomini che si trova nel *Politico* di Platone,⁶ in una maniera a prima vista molto simile.

Platone mette in bocca all'anonimo protagonista del *Politico*, il forestiero di Elea, un mito: Zeus, per dare un segno favorevole ad Atreo, in lotta per l'eredità contro il fratello Tieste, mutò il corso degli astri e del sole, facendolo sorgere a oriente anziché ad occidente come era avvenuto fino ad allora. L'inversione del movimento cosmico comportò un mutamento dell'ordine complessivo rispetto al periodo precedente, nel quale era signore degli dei non Zeus, ma Kronos.⁷

Nell'età di Kronos il politico era un pastore divino che governava senza leggi. L'umanità che guidava al pascolo aveva un ciclo di vita simile a quello vegetale: spuntava dalla terra, fioriva, si destrutturava e alla fine scompariva. I politici di oggi invece non sono più divini, ma simili ai loro sudditi per educazione e cultura.

Una costituzione retta affida il governo a uomini intelligenti, svincolati dalle leggi. Una legge, infatti, non può comprendere allo stesso tempo quanto è buono e giusto per tutti, collettivamente, e quanto lo è, distributivamente, per ciascuno. Nessuna tecnica può enunciare qualcosa di semplice e di immediatamente valido per tutti i tempi e tutti i casi, per la varietà e la mutevolezza degli essere umani e delle loro azioni. Proprio per questo la legge si comporta come una persona autoritario e ignorante che non permette a nessuno di agire in modo diverso dai suoi ordini e non consente di essere interrogato: essendo pensata per molti, è inevitabilmente generica e grossolana rispetto ai casi singoli. E proprio per questo, secondo il forestiero eleatico, se la legge si rivela inadeguata di fronte al cambiamento i capi intelligenti fanno bene a trasgredirla, per quanto l'opinione comune richieda che si debba, preliminarmente, persuadere i cittadini a cambiarla. Il governo della legge sta al governo degli uomini come il manuale di medicina sta al medico: le sue istruzioni sono generiche, ma in assenza dell'esperto occorre affidarsi pur essendo consapevoli della loro inadeguatezza.

Platone preferisce il governo della legge o quello degli uomini? A prima vista, il mito sembra dire che la legge è un ripiego contro l'inaffidabilità dei governanti: ne faremmo volentieri a meno se ci fossero dei politici sapienti in grado di valutare caso per caso senza ricorrere a regole generali grossolane. Ma il mondo del governo pastorale del politico divino era diverso dal nostro: gli uomini avevano un ciclo vitale e una fioritura univoca. Proprio perché nessuno si discostava dal modello generale, di tipo botanico, bastava la sapienza del pastore. Se gli uomini hanno un ciclo vitale di tipo vegetativo - o uno *human flourishing*, come amano dire i neoaristotelici americani - non si generano né controversie né problemi di deliberazione.

Adesso, però, l'umanità si sviluppa culturalmente e storicamente, secondo relazioni aperte perfino nella riproduzione. Un modello naturalistico di sviluppo e di fioritura umana non servirebbe a nulla. Né servirebbe la sapienza del dio, in un mondo divenuto storico che va per conto suo, non essendo più ordinato e riducibile a regole, bensì complesso e caotico. Per questo si pone il problema del governo della legge: la realtà umana è culturale e storica e un'impostazione naturalistica sarebbe controproducente, perché gli esseri umani non possono più essere trattati come piante e perché nessuno può avere la sapienza che era propria del dio. Perciò, nonostante tutto, è preferibile il governo della legge: *perché a governare sono gli uomini*. Le leggi non servono a ordinare un'armonia che possiede già la sua norma, bensì a tentare di regolare il caos, perché non ci sono più divinità, piante e animali simili a piante, bensì esseri umani, storie e culture.

I caratteri importanti della condizioni storica come narrata in questo mito sono almeno tre:

1. non esiste più un ordine dato una volta per tutte e immutabile; e perciò non si dà più neppure una botanica dell'umanità secondo modelli di fioritura indiscutibili e fissi;
2. corrispondentemente, nel mondo storico, non c'è più una sapienza divina: il governo paternalistico-pastorale dell'età di Kronos non risultava oppressivo solo perché gli uomini erano creature vegetali, senza storia, coltivabili secondo una botanica indiscutibile;
3. alla storia si addice il governo della legge, il quale, rispetto al mondo instabile che dovrebbe regolare, non è divino ma umano, semanticamente chiuso perché testuale,⁸ autoritario e grossolano, entro una realtà non più fissa, ma mutevole.

La condizione storica - la mancanza di un ordine e di una corrispondente sapienza basate su formule "botaniche" - richiede il diritto come sistema chiuso per dare ordine al caos e allo stesso tempo ne denuncia l'inadeguatezza, perché l'ambiente su cui insiste trascende ciò che la legge pretende di fissare e di formalizzare. *Una teoria dello stato di diritto consapevole della condizione storica dovrebbe interrogarsi sulle modalità e sugli strumenti che possano permettergli di fare i conti con i propri limiti* - quei limiti che rendono il diritto necessario ma non esaustivo.

Il mito narrato nel *Politico* non offre solo una descrizione poco edificante della condizione storica, ma anche una rappresentazione, in apparenza edificante, della condizione astorica e vegetativa dell'età di Kronos. Anche questa è una storia, che qualcuno ha interesse a narrare. È una storia che contrappone l'ordine naturale e astorico completamente prevedibile e governato da un dio nelle cui mani si concentrano potere e conoscenza al disordine storico e umano che giustifica il governo della legge⁹. Se scegliamo il governo della legge, dobbiamo essere consapevoli che è storicamente e umanamente condizionato e limitato e che le sue forme e ragioni interne sono insufficienti; se preferiamo il governo degli uomini dobbiamo essere disposti a intendere l'universo come astorico e i governanti come dotati di una sapienza divina.

Nel *Politico*, queste due opzioni sono i due corni di un dilemma: sceglierne uno significa rinunciare all'altro. Ma chi crede di raccontare storie più convincenti può pensare che basti trovare la formula dello sviluppo storico del diritto per conciliare ciò che a Platone appariva inconciliabile, così da produrre un governo della legge, o, meglio, una *rule of law*, dotato di una sapienza sovrumana. Una simile formula dello stato di diritto, per evitare che il suo richiamo alla storia sia così vago da ridursi a un appello surrettizio al governo degli uomini, dovrebbe però essere rigorosamente determinata.

La giustificazione della *rule of law* che si fonda sulla formula storico-filosofica dell'ordine spontaneo può offrire alla riflessione sullo stato di diritto qualcosa di definito, oppure trova un contenuto solo affidandosi occultamente al governo degli uomini – cioè di notabili e giudici investiti di una sapienza tutt'altro che divina? ¹⁰

2. Stato di diritto e storicismo giuridico

Il filosofo del diritto italiano Guido Fassò pensava che lo stato di diritto potesse essere definito in due modi, o secondo la *legalità* o secondo la delle *legittimità*.¹¹ Dal punto di vista tecnico-formale della legalità, lo stato di diritto è uno stato limitato dal diritto, che ne controlla e circoscrive la sovranità. Dal punto di vista della legittimità, lo stato di diritto è uno stato fondato su una giustizia sostantiva e sovraordinata ai requisiti tecnico-formali propri della mera legalità.

Una legge definita solo formalisticamente è aperta a qualsiasi contenuto compatibile con la forma, mentre una mera legittimità sostantiva elimina il governo della legge a favore del governo degli uomini, o meglio di uno o di alcuni uomini che si devono supporre dotati della capacità di intuire o conoscere la giustizia: in entrambi i casi è impossibile evitare l'arbitrio del potere perché né la forma, né il contenuto della legge sono in grado di strutturare uno stato di diritto che, limitando la propria sovranità, ne garantisce la certezza. Anche il giusnaturalismo, afferma Fassò, pur avvertendo l'esigenza di unificare legalità e legittimità, costruisce modelli astratti, astorici e arbitrario proprio perché la sua impostazione è razionalista e non storicista. Solo la storia può dare un contenuto non arbitrario alle esigenze di limitazione, di certezza e di garanzia dei diritti individuali espresse solo astrattamente dal giusnaturalismo – ma a condizione che il concetto del diritto trascenda la legge per includere la giurisprudenza e la consuetudine con tutta la loro concretezza e particolarità.

Fassò crede di ritrovare la determinazione storica della legittimità in Bruno Leoni, per il quale lo stato di diritto ispirato dal giusnaturalismo e dalla rivoluzione francese con la sua pretesa di ridurre tutto il diritto a legge di produzione parlamentare esclude i cittadini dalla partecipazione alla formazione del diritto e, rendendolo oggetto di scambi politici contingenti, ne compromette la certezza. Propriamente, solo un diritto inteso come formazione spontanea, amministrato da notabili o *honoratiores* non vincolati a leggi scritte,¹² può essere socialmente certo perché svincolato dall'accidentalità politica del diritto legislativo e formale. Un simile stato di diritto sociale spontaneo o di diritto libero rispecchia i valori diffusi nella società, proprio perché è "spontaneo" sia nella selezione dei giudici e dei giuristi in base al gradimento delle parti, sia nella pronuncia del diritto che non dipende dalla volontà espressa dal legislatore, ma dal precedente e dalla consuetudine. Un diritto scoperto nella struttura storica della società, non

essendo voluto da nessuno, non è arbitrario come quello di produzione politica: in quanto ordine oggettivo e sovrapersonale, può garantire l'individuo contro il potere dello stato secondo il modello della *common law* inglese - se, almeno trascuriamo, come fa come fa significativamente, lo stesso Leoni, il ruolo politico del parlamento nella formazione della sua tradizione.¹³

In questi termini, lo storicismo giuridico neoliberale di Leoni pare riducibile ad un appello a fare i conti con la storia tramite la surrogazione del governo della legge con il governo degli uomini. Gli uomini, qui, non sono i pastori divini del racconto platonico, bensì i giudici, i funzionari e i notabili. Chi garantisce che essi siano meno grossolani e autoritari della legge che vorremmo integrare o surrogare storicamente? Giudici, funzionari e notabili, essendo anch'essi in una condizione storica, non possono attingere alla botanica dell'umanità del pastore divino. Che differenza c'è fra uno stato di diritto sociale spontaneo e un paternalistico e indeterminatamente giustificato regime di notabili?

La teoria dell'ordine spontaneo, in realtà, si ritiene in grado di spiegare come "crescono" le buone leggi, storicamente radicate, e in che modo l'elemento umano può essere condotto ad integrarne lo sviluppo. Per concludere che la *rule of law* storicisticamente intesa riduce i diritti dei cittadini a retorica al servizio di un paternalismo autoritario, occorre preliminarmente dimostrare che la teoria dell'ordine spontaneo è programmaticamente vaga, perché il suo scopo - trovare la legge dello sviluppo storico delle società umane - è smisurato rispetto ai suoi strumenti teorici.¹⁴

3. La rule of law come ordine spontaneo: il problema della libertà individuale

Ai teorici dell'ordine spontaneo viene comunemente attribuito l'interesse alla "difesa intransigente della libertà individuale"¹⁵. Hayek spiega, in *The Constitution of Liberty*, quale sia lo stato di libertà cui mira: quello in cui la coercizione è ridotta al minimo, in modo che a ciascuno sia possibile agire secondo i propri progetti, anziché in soggezione alla volontà di altri. Questo concetto di libertà è negativo, cioè denota un'assenza di impedimento, e riguarda esclusivamente - precisa Hayek - le relazioni degli uomini fra di loro. Si ha coercizione quando l'ambiente e le circostanze in cui si trova una persona sono controllate da parte di un'altra con tale incisività che questa deve agire non secondo un proprio progetto coerente - al massimo può scegliere il male minore - ma per servire i fini altrui. La coercizione è male perché elimina l'individuo come persona pensante e valutante e lo rende strumento asservito agli scopi altrui. L'azione è libera quando è basata solo su dati che non possono essere plasmati ad arbitrio da altri; e perché ciascuno abbia un ambito di azione libero, occorre riservargli una sfera privata, nella quale nessuno possa interferire.¹⁶

Se prendiamo sul serio quanto dice Hayek, il suo concetto di libertà è qualcosa di difficilmente realizzabile in una condizione storica. La sua libertà è uno spazio libero i cui dati non siano sotto il controllo o l'influenza di altri ma assolutamente disponibili per le scelte dell'interessato. Ma un simile spazio, per chi vive in società, non esiste: perfino il venire al mondo deriva dalle scelte di altri. Anche la tesi di Hayek per la quale i lavoratori dipendenti sono liberi nella misura in cui possono scegliere fra più datori di lavoro in concorrenza fra loro e la disoccupazione non si estende oltre un certo limite,¹⁷ non è in armonia con il suo criterio negativo di libertà. L'ambiente di scelta in cui il potenziale lavoratore si trova ad agire è qualcosa che è predisposto da altri: poco importa che questi altri siano effettivamente o nominalmente in concorrenza fra loro o cerchino di allettarlo. Quello che conta è che i dati su cui basa la sua scelta sono predisposti da loro e non da lui.

Se le cose stanno così, il concetto di libertà di Hayek non è negativo nel senso che definisce uno spazio individuale di non interferenza: è negativo nel senso che definisce qualcosa che, in società, non esiste. D'altra parte, la manipolabilità degli individui è un elemento del quale il liberalismo di Hayek potrebbe fare difficilmente a meno. Una società libera, basata su un ordine giuridico, richiede che le persone siano responsabili di ciò che fanno: che, cioè, siano giuridicamente imputabili perché sono permeabili ai normali strumenti di coercizione di cui si vale il diritto.¹⁸ La manipolabilità, in altri termini, è essenziale per vivere sotto la *rule of law*: i

soggetti liberali non sono saggi stoici che possono far astrazione dalle proprie passioni e organizzare un proprio spazio di non interferenza nella roccaforte della loro ragione, ma *devono* essere talmente deboli da far sì che il campo di applicazione di questo celebrato concetto liberale sia praticamente nullo.

Esiste, però, un aspetto della definizione hayekiana di libertà negativa che potrebbe dare un senso non ironico a questa locuzione. Hayek ha cura di precisare che la sua idea di libertà si applica solo alle relazioni degli uomini fra loro. Pertanto, perché si dia libertà negativa, è sufficiente dimostrare che *le condizioni in cui qualcuno sceglie non sono il prodotto immediato della deliberazione di qualcun altro, bensì l'esito di un processo impersonale* e, in questo senso, naturalistico. Io divento tanto più "libero" - nel senso che nessun essere umano interferisce volontariamente nel mio campo di scelta - quanto più questo campo è definito da forze e processi interpretati come impersonali e sovrapersonali. Ne segue, paradossalmente, che noi dovremmo esser *liberi nella misura in cui il mondo in cui viviamo non dipende dalle nostre scelte* - cioè nella misura in cui riusciamo a vedere la nostra cultura e la nostra società come una produzione naturale, al di fuori di ogni possibilità di controllo.¹⁹ Di più: dal momento che gli individui fanno scelte e prendono decisioni, noi saremo tanto più liberi quanto meno queste scelte e queste decisioni incideranno direttamente e intenzionalmente sulle condizioni in cui ci troviamo a scegliere.

Questa tesi deve valere anche per la delimitazione della libertà negativa, i cui confini e le cui garanzie, per non essere oppressivi e arbitrari, devono essere visti come *esito di un processo impersonale e non come frutto immediato della riflessione e della deliberazione di qualcuno*. La teoria della libertà più affidabile, sostiene Hayek, è quella britannica, come formulata dalla scuola scozzese (David Hume, Adam Smith e Adam Ferguson) del XVIII secolo e da alcuni contemporanei inglesi (Josiah Tucker, Edmund Burke, William Paley), perché si atteggia a comprensione della tradizione e dello spirito della *common law*: il diritto e le libertà che essa garantisce non sono una produzione consapevole, ma l'esito di processi di selezione ed evoluzione che la ragione individuale controlla assai poco: la società è come un organismo vivo, che, di norma, cresce e si sviluppa "da sé".²⁰ Leoni, coerentemente, sostiene che l'unica definizione accettabile di libertà è quella lessicale: "libertà è una parola, impiegata nel linguaggio ordinario, per indicare tipi particolari di esperienze psicologiche".²¹ Questa definizione, che è in sostanza un appello ad un *idem sentire* diffuso e condiviso, si giustifica proprio perché questo *idem sentire* è frutto di una evoluzione e di una tradizione che lo legittima e non di una scelta teorica e pratica di qualcuno.

La delimitazione e giustificazione *teoretica* della libertà in base alla tradizione fa pensare che nel pensiero di Hayek e Leoni non esista un ambito autonomo della ragione pratica, in cui si collochi l'interesse e la riflessione sulla libertà. La giustificazione della libertà individuale, afferma Hayek in *The Constitution of Liberty*, si fonda principalmente sul riconoscimento della nostra ignoranza su una gran quantità dei fattori da cui dipende la realizzazione dei nostri fini e del nostro benessere. Se fossimo onniscienti, se potessimo conoscere non solo tutto quello che può influenzare la realizzazione dei nostri desideri attuali ma anche di quelli futuri, la libertà non avrebbe nessuna utilità collettiva, perché verrebbe meno la necessità della sperimentazione. D'altra parte, prosegue Hayek, in una condizione di conoscenze limitate, la libertà è essenziale per dare spazio all'imprevedibile: lo sviluppo della civiltà dipende dalla massimizzazione della probabilità di incidenti, e dalla conseguente elaborazione, per via di selezione evolutiva, di regole che funzionano complessivamente meglio.²²

Quando Hayek parla di onniscienza, non si sta riferendo ad una onniscienza individuale, ma ad un'onniscienza collettiva: non a caso parla in prima persona plurale e giustifica la libertà individuale come strumento di sperimentazione e selezione di regole utili, addirittura, per "la civiltà". Il senso della libertà è connesso esclusivamente a una deficienza conoscitiva comune, che rende assai raccomandabile, per lo sviluppo di un ente collettivo come "la civiltà", che gli individui possano fare esperimenti e invenzioni. *Una ipotetica "civiltà" che possedesse un corpus di nozioni perfetto, completo e compiuto non avrebbe motivo di lasciare spazio alla libertà del singolo.*

Questo modo di ragionare suggerisce che la libertà così intesa non abbia né un significato

pratico, né un senso genuinamente individuale. Se la ragione pratica fosse autonoma dalla ragione teoretica, se il valore e il senso di ciò che facciamo fosse almeno parzialmente indipendente da quello che la "civiltà", collettivamente, conosce, l'onniscienza non eliminerebbe la libertà come condizione di possibilità delle scelte e delle leggi morali e delle decisioni tecniche ad esse intrecciate. Esse dovrebbero costituire un problema anche in una "civiltà" *teoreticamente* in grado di conoscere tutti gli elementi del suo ambiente. Se l'autonomia individuale fosse qualcosa da prendere sul serio al di là del suo significato evolutivo, l'onniscienza di qualcuno non dovrebbe distruggere il valore delle sperimentazioni e delle scelte libere di qualcun altro.

La disinvoltura olistica e funzionalistica con la quale il passo di *The Constitution of Liberty*²³ in cui simili tesi sono enunciate trascura il significato pratico della libertà fa sospettare che, a rigore, l'interesse di Hayek per la libertà sia moralmente e politicamente nullo. Chi conosce le leggi di sviluppo dell'ordine spontaneo ama, strumentalmente, la libertà solo fin tanto che rimane consapevole della propria ignoranza.

4. La rule of law come ordine spontaneo: la naturalità del diritto

Il diritto, in quanto sistema di regolarità distinto dalla legislazione, cioè dalla produzione normativa esplicita e volontaria da parte di una autorità comunque legittimata, è un ordine spontaneo. La sua spontaneità dipende dal fatto che le regolarità di cui si compone non sono frutto di un progetto deliberato - non occorre neppure che le creature che "seguono" queste regolarità ne siano consapevoli - ma si sono formate e selezionate per via evolutiva: un comportamento diventa una regolarità se il gruppo che lo adotta sopravvive e prevale sugli altri. Il mondo del diritto, del linguaggio, del mercato e di molte altre istituzioni culturali va pensato come risultato dell'azione ma non della progettazione umana. Abbiamo la certezza che nessuna mente umana sia in grado di progettare un ordine spontaneo, perché nessuna mente umana è in grado di calcolare l'infinita complessità delle interazioni e correlazioni fra un elemento del sistema e tutti gli altri.²⁴ Per questo, l'atteggiamento del giudice di *common law*, che scopre il diritto per un singolo caso come derivabile da un complesso di principi già in atto nella tradizione senza pretendere di crearlo, è il più rispettoso nei confronti dell'ordine sociale.

Hayek distingue fra due tipi di ordine: per *taxis* egli intende l'ordine "artificiale" frutto di una organizzazione progettata per un qualche fine; per *kosmos* l'ordine composto da regolarità createsi spontaneamente, tipico dei sistemi che si auto-organizzano e si autogovernano. "Esiste un ordine non deliberatamente creato dall'uomo" - ma questo fatto, precisa Hayek, non riceve un ampio riconoscimento, perché esso deve "essere ricostruito col nostro intelletto".²⁵ L'operazione di ricostruzione di un ordine - sia esso composto da norme o da sentieri forestali - è un processo deduttivo.²⁶ Ma allora perché non riconoscere che il *kosmos* è semplicemente una nostra *taxis*, cioè una nostra costruzione con la quale noi - nella veste di teorici - cerchiamo di dare senso alla molteplicità del reale?

Questo modo di ragionare, per quanto non estraneo all'opera di Hayek, sarebbe, in questo contesto, deleterio, perché legislazione e diritto, *taxis* e *kosmos*, o, più in generale, teorie scientifiche che possiamo discutere, e verità naturali, cui dobbiamo inchinarci perché troppo complesse per le nostre menti limitate, diverrebbero virtualmente indistinguibili. L'ordine vegetale del diritto perderebbe la sua legittimazione epistemologica. Così, in questo caso, la retorica dell'ignoranza viene abbandonata per affermare perentoriamente che il sistema non è una nostra costruzione cognitiva, ma esiste oggettivamente. Il punto di vista del sistema è di fatto trattato come un punto di vista assoluto.²⁷ Dal sistema non si può uscire.

Che perfino il carattere di un ordine il quale si basi su regole deliberatamente create possa essere spontaneo, lo si vede dal fatto che le sue manifestazioni particolari dipenderanno sempre da molte circostanze che chi ha progettato quelle regole non conosceva né poteva conoscere.²⁸

Per Hayek, dunque, le cultura e le società umane esistono come ordini spontanei; le nostre menti sono troppo limitate per comprenderne la complessità e per prevederne gli sviluppi; e anche l'istituzione di regole artificiali, interagendo in un ambiente complesso, ricade in un

ordine spontaneo. Che differenza c'è, allora, fra la pronuncia di un giudice di *common law*, la legge emanata da un parlamento legittimato democraticamente e l'editto di un tiranno, nella prospettiva dell'ordine spontaneo?

Se consideriamo le tre pronunce dal punto di vista degli effetti, dobbiamo riconoscere che né i giudici, né i parlamentari, né i tiranni possiedono un punto di vista privilegiato sulla complessità degli sviluppi potenziali dei loro atti. Dal punto di vista dell'ordine spontaneo, nessuno può giustificare le sue scelte in maniera esauriente, nel momento in cui le compie. La giustificazione è qualcosa su cui l'evoluzione dirà, col senno del poi, l'ultima parola: ma questo significa che *chi fa delle scelte di diritto non dispone di nessun criterio definito per legittimarle* e deve andare a tentoni. L'unico criterio di legittimazione è retrospettivo. Nello spirito di Hayek, il giudice dirà che la sua scelta non è un gesto creativo, ma una scoperta che esplicita qualcosa che è già dato, mentre legislatori democratici e tiranni faranno variamente appello a una o più volontà e procedure. Questo, peraltro, non può escludere che l'evoluzione, con i suoi processi imperscrutabili, finisca per dare "ragione" alla scelta frutto di una volontà consapevole, e non a quella che deriva da un atto di interpretazione e di ricognizione.

Si può osservare che nessuno dei criteri di legittimazione adottati è in grado, di per sé, di delimitare il contenuto delle scelte giuridiche: la legittimazione concerne gli effetti futuri e il nesso della scelta con un antecedente, che può essere o cognitivo o volontario. Ma questo significa che un medesimo provvedimento giuridico può essere visto come frutto di una liberale saggezza, se chi lo emana ha avuto l'accortezza di bruciare un grano di incenso sull'altare dell'ordine spontaneo, o come prodotto di una insopportabile tirannide, se chi lo emana si prende la responsabilità di ammettere che è frutto di una volontà e di una imposizione potestativa.²⁹ Per non ledere la libertà negativa degli altri è sufficiente convincerli che le nostre scelte rientrano in un ordine naturalistico.

5. La rule of law come ordine spontaneo: il carattere indeterminato delle norme

L'ordine spontaneo agisce imperscrutabilmente e si può riconoscere e spiegare solo in linea generale, col senno del poi: per questo non è possibile esibire un criterio di demarcazione per identificare il tipo di comportamento o di deliberazione normativa capace di produrre o di inserirsi in un ordine spontaneo. Quanto detto, tuttavia, attiene esclusivamente alla produzione delle norme. Dobbiamo anche considerare se esistano, nel sistema di Hayek, dei criteri non indeterminati per identificare le norme tipiche di un ordine spontaneo³⁰ in base ai loro contenuti, con l'avvertenza che la questione della genesi delle regole rimane comunque decisiva, se la sfiducia hayekiana nella ragione progettante deve essere presa sul serio. Dobbiamo chiederoci, quindi, se ci sia un nesso stringente fra i caratteri delle regole tipiche di un ordine spontaneo, la loro genesi spontanea e la loro giustificazione in relazione a questa genesi.

Le regole tipiche di un ordine spontaneo, spiega Hayek, nascono come semplici regolarità naturali, cioè come regole osservate di fatto, senza consapevolezza; diventano norme, cioè regole prescrittive articolate linguisticamente, solo quando si sviluppa l'intelletto, e si sente la necessità di correggere i comportamenti devianti e di risolvere le controversie in merito ad esse. Queste regole inducono gli individui a comportarsi in modo tale da rendere possibile la società, con l'avvertenza che la possibilità della società non è una possibilità logica, ma naturalistico-evolutiva, e si può verificare soltanto *ex post*, in virtù della sopravvivenza della società che segue le norme in questione.³¹

Le regole di un ordine spontaneo sono indipendenti da qualsiasi scopo e universali, cioè applicabili a un numero indeterminato di casi possibili; esse mettono in grado gli individui di perseguire i propri fini, sia perché assicurano loro un ambiente almeno in parte prevedibile, sia perché definiscono per ciascuno un dominio riservato. Vale la pena sottolineare che non esiste, alla stregua di queste regole, un criterio per delimitare questo dominio riservato, perché esso è *prodotto* dalle regole stesse, e non presupposto, anche se, genericamente, le azioni che riguardano solo l'individuo non dovrebbero essere sanzionate. Non dobbiamo incorrere nell'errore di trattare questa sfera riservata come la sfera dell'etica: l'unica differenza fra norme di diritto e norme etiche è la presenza o meno di una procedura di applicazione

riconosciuta da parte di una autorità costituita: una visione naturalistica del diritto come insieme di regolarità non permette certo di distinguere fra regolarità giuridiche e regolarità etiche. Così, afferma Hayek, se esiste un insieme di norme la cui osservanza abituale produce un ordine concreto di azioni, ad alcune delle quali l'autorità ha già conferito validità giuridica, mentre altre sono state osservate soltanto di fatto, o sono implicite in quelle già convalidate, nel senso che queste raggiungono il loro scopo solo se esse sono osservate, il giudice può trattare - a sua discrezione - come norme giuridicamente valide anche quelle implicite, per quanto nessuna autorità giudiziaria o legislatrice le abbia sanzionate.³²

Questa tesi dipende dal fatto che il sistema normativo di un ordine spontaneo è qualcosa che esiste indipendentemente dalle scelte e dalle conoscenze degli individui, e quindi esso stesso, in quanto tale, non può venir organizzato esplicitamente in un *corpus* di norme sistematico ed esauriente: tutt'al più, se ne possono distillare i principi ispiratori, come fanno per esempio i giudici di *common law*. Il giudice - spiega Hayek - decide in base a una logica della situazione, che si basa sui bisogni dell'ordine esistente delle azioni, la quale logica è a sua volta il risultato inintenzionale e la *ratio* di tutte quelle regole che egli deve assumere come consolidate. La *common law* rende prevedibile il diritto perché il giudice è vincolato dalle convinzioni diffuse su ciò che è giusto, anche se non suffragate dalla lettera della legge. L'allenata intuizione del giudice - dice Hayek citando Roscoe Pound - lo conduce continuamente a giusti risultati: l'idea che le decisioni giudiziarie siano frutto dell'inferenza logica è un prodotto del razionalismo "costruttivista", che tratta tutte le regole come se fossero create deliberatamente. Diritto è ogni regola il cui carattere vincolante verrebbe generalmente riconosciuto, se fosse formulata in termini verbali.³³

L'appello di Hayek all'intuizione del giudice, la tesi che è impossibile o deleterio vedere il diritto come un complesso sistematico comprensibile da mente umana e la precaria delimitazione del confine fra diritto ed etica fanno capire che questa concezione della *rule of law* può funzionare, cioè riempirsi di contenuto, solo grazie all'apporto surrettizio, e perciò criticamente incontrollabile, del governo degli uomini. Tuttavia, ci sono almeno due caratteri che potrebbero fornire un'identità alla *rule of law*: il fatto che le sue regole non siano finalizzate a uno scopo particolare, e la loro universalità.

La prima qualificazione avrebbe senso se lo scopo fosse un carattere intrinseco di una regola, che si potesse scoprire come, a detta di Hayek, si scopre la regola stessa nel suo originario carattere di regolarità. Ma questo, almeno a partire dalla rivoluzione copernicana di Kant, è tutt'altro che ovvio: il fine di una regola - o, meglio, la pluralità di fini per i quali una regola può venir impiegata - non è una specie di fedina penale che essa porta con sé, ma nasce dal rapporto di un agente deliberante con la regola stessa. Una medesima regola può essere considerata con un interesse meramente teoretico, per uno scopo descrittivo o esplicativo, o può venir connessa a vari fini, che ci interessano praticamente: per esempio, la regola che stabilisce quale sia la dose letale di digitalina, può essere connessa sia al fine di avvelenare, sia a quello di curare. Un esempio molto più calzante è offerto dallo stesso Hayek, quando sostiene che i principi di un ordine spontaneo devono essere osservati, se si assume come fine la sopravvivenza del gruppo come entità dotata di un certo ordine:³⁴ se è possibile connettere a un fine anche il sistema normativo di un ordine spontaneo, nessun tipo di regola - né descrittiva, né tecnica, né morale, né giuridica - comporta di per sé una relazione o una mancanza di relazione con scopi determinati come un carattere irrevocabile scritto, per così dire, nella sua carta di identità.

L'universalità³⁵ potrebbe essere un criterio finalmente indipendente dalle scelte arbitrarie del giudice o del legislatore intenzionati a promuovere e preservare l'ordine spontaneo - se non fosse ridotta a un concetto meramente etnografico-sociologico. Quando Hayek parla di criterio dell'universalità di una norma non intende certo la sua universalizzabilità formale, ma soltanto la sua coerenza o compatibilità con il resto del sistema di valori accettati: qualcosa, quindi, che non dipende da un ragionamento, ma da generalizzazioni sociologiche inevitabilmente arbitrarie - ³⁶ soprattutto perché il fatto stesso che una linea di condotta si presenti come un problema mostra che le generalità sociologiche su cui si dovrebbero basare le scelte non funzionano, o non funzionano più.³⁷

Se questa analisi è corretta, i concetti di evoluzione, ordine spontaneo, *rule of law* sono privi di un contenuto definito, qualora non intervengano le scelte degli uomini a riempirli. E queste scelte corrono il rischio di essere arbitrarie, perché l'enfasi sull'ignoranza degli uomini e, corrispondentemente, sul carattere sovrapersonale e imperscrutabile dell'ordine e del suo sviluppo ha come effetto collaterale che i criteri di decisione e di interpretazione giuridica siano assolutamente vaghi.

Hayek e Leoni, pur utilizzando argomenti largamente riconducibili ad un medesimo clima storico e teorico, dissentono istituzionalmente³⁸ sulla necessità dell'intervento della legislazione a correzione del diritto giurisprudenziale e sull'eventuale venir meno dello stato a favore di un ipermercato anarco-capitalistico. Leoni, tendenzialmente più propenso a quest'ultimo orientamento, è convinto che uno stato di diritto legislativo trasformi il diritto stesso, da vincolo e limitazione del potere, a strumento di potere, asservito agli interessi particolaristici ed episodici delle maggioranze.³⁹ Al diritto può essere restituito un suo ruolo di garanzia, liberandolo dai mercanteggiamenti politici e dall'inflazione legislativa, soltanto se lo si allontana il più possibile dallo stato e lo si riconsegna alla spontaneità sociale delle decisioni giurisprudenziali e della selezione di giureconsulti e notabili, sul modello del diritto romano e, più in generale, del mercato. Ma perché dovremmo credere che il potere dei giureconsulti e degli amministratori delegati sia meno arbitrario di quello dei legislatori politici?

Leoni definisce il diritto come la normalità dei comportamenti sociali, cioè come l'insieme di pretese che è prevedibile siano soddisfatte.⁴⁰ Ma, se è corretto descrivere il diritto come un fenomeno sociale, occorre anche riconoscere che numerose decisioni destinate ad influenzare la vita e le scelte degli altri non vengono prese soltanto nei parlamenti o in generale nello stato. E perciò allontanare il diritto dallo stato può allontanare solo dal problema dello stato, *ma non dal generale problema del potere e della sua controllabilità*, che anzi si ripresenta tanto più drammaticamente quanto meno è reso pubblico e formale, a meno che non si facciano assunzioni naturalistiche sull'armonia della società e sull'omogeneità degli interessi dei singoli.

Il mondo del diritto, nella metafora di Hayek, è una foresta intricata, ove i viandanti, andando verso le loro mete individuali, formano sentieri ugualmente utili per tutti. I teorici dell'ordine spontaneo, pur dissentendo variamente sulla necessità e sul grado dell'intervento di una guardia forestale, sono d'accordo nel ritenere il disegno dei sentieri come un processo spontaneo e corrispondente agli interessi di tutti: il potere da controllare, giustificare ed eventualmente eliminare è solo quello della guardia forestale. In questo modo, però, non avvertono che i viandanti che hanno trattato il bosco come un luogo di passaggio hanno compiuto, nel momento stesso in cui si sono resi conto che i sentieri formavano un ordine buono e funzionale per "tutti", un esercizio di potere bisognoso di legittimazione almeno quanto quello della guardia forestale. Per chi vede il bosco come un mezzo per bloccare l'erosione del suolo, o un'oasi botanica, o addirittura una creatura viva meritevole di rispetto, i sentieri battuti appaiono come il prodotto di scelte arbitrarie e discutibili. Per credere il contrario, occorre assumere acriticamente che tutti frequentino i boschi solo per andarci a spasso.

6. *Rule of law e democrazia*

Uno storicismo giuridico speculativamente consapevole potrebbe offrire spunti preziosi alla riflessione sullo stato di diritto, perché solleciterebbe la filosofia del diritto a interrogarsi sul problema delle relazioni del diritto, come struttura formale, con il suo ambiente politico, sociale e culturale; e la filosofia politica a indagare sul gioco fra i poteri formalizzati e i poteri informali che si nascondono nello stato e nella società.⁴¹ Che cosa, del diritto, si deve trattare come elemento indisponibile, e perché? E come e dove si può garantire questa indisponibilità?

Le teorie dell'ordine spontaneo non aiutano a rispondere a queste domande. La concezione della libertà negativa che esse presuppongono - libertà come assenza di interferenza ambientale da parte dell'azione deliberata di altre persone - le induce ad identificare lo spazio della libertà con lo spazio in cui vigono esclusivamente regolarità naturalistiche, cioè *pensate come* indisponibili e incontrollabili. Nella prospettiva di Hayek e Leoni, un potere con una

giustificazione naturalistica sovraperonale non è affatto coercitivo. E, venuta meno l'attrattiva del socialismo reale, la democrazia costituzionale, proprio perché si legittima esplicitamente come una costruzione e un patto,⁴² è *la* nemica della libertà,⁴³ contro la quale si erge l'ordine spontaneo esemplificato dal mercato e da un diritto formulato a sua immagine. L'ordine spontaneo, che si può pensare come sovraperonale e non deliberato, è infatti la garanzia assoluta della libertà individuale, e per realizzarlo basta eliminare i momenti esplicitamente deliberativi del potere politico

Questa idea discende direttamente dalla necessità teorica di dare un minimo di contenuto sociale ad una libertà negativa intesa descrittivamente⁴⁴ come assenza di manipolazione delle condizioni di scelta individuali. Ma una simile assiomatica della libertà negativa ha una conseguenza politica paradossale: se è vero che il *solo* nemico della libertà individuale è l'aspetto deliberativo del diritto proprio delle democrazie, si deve credere che il progetto democratico dello stato di diritto (legislativo), per il quale il cittadino dovrebbe essere obbligato esclusivamente in base ad una legge cui ha dato il suo consenso, è stato così compiutamente realizzato che nella società non c'è più nessun altro potere il quale possa manipolarlo, entrando con lui in una relazione coercitiva. Dobbiamo credere, in altri termini, che lo stato di diritto (legislativo) democratico ha eliminato tutti i poteri informali, e nella società non esistono più famiglie patriarcali, mafie, massonerie, multinazionali oligopolistiche e concentrazioni mediatiche in grado di manipolare per i propri fini gli ambienti di scelta individuali. Solo in virtù di questa particolare cecità, che è conseguenza di una visione naturalistica del mondo sociale, si può pensare che, una volta eliminata o minimizzata la produzione legislativa del diritto, venga per ciò stesso favorita la libertà individuale in assoluto, anziché una semplice libertà dall'interferenza statale, ma non da altre autorità meno visibili e meno controllate. Quanto più il governo della legge viene pensato come indeterminabile e spontaneo, tanto più si giustifica il governo degli uomini, nei tribunali e soprattutto altrove.

- 1 Dietro il positivismo giuridico sta spesso una scelta morale e politica di autolimitazione della morale, e quindi, in un certo senso, anche di autolimitazione del diritto; vale la pena citare ancora, a questo proposito, il classico U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, pp. 127-134.
- 2 Si veda, su questo tema, proprio la critica di Hayek al positivismo giuridico in generale e a Kelsen in particolare contenuta in *Law, Legislation and Liberty*, 1982 (trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1994, pp. 238-254).
- 3 F.A. Hayek, *L'abuso della ragione*, trad. it., Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 39-48.
- 4 B. Leoni, *Freedom and the Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 1991, p. 22 (.trad. it. *La libertà e la legge*, liberilibri, Macerata, 1994, p. 25).
- 5 Possiamo forse trattare la teoria neoliberale dell'ordine spontaneo come una estrema versione novecentesca delle grandi narrazioni legittimanti, di cui parla J.-F. Lyotard, in *La condition postmoderne*, Paris, Editions de Minuit, 1979 (trad. it. *La condizioni postmoderna*, Milano, Feltrinelli, 1985), per constatarne la crisi.
- 6 Vale la pena ricordare che, come dice M. Dogliani (*Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 33-72), se si tiene presente che uno dei caratteri fondamentali del costituzionalismo moderno è il tentativo di positivizzare principi resi instabili dalla crisi del diritto naturale, allora emergono interessanti punti di contatto con la riflessione greca. Il costituzionalismo moderno nasce con la crisi del principio di tradizione, che rende necessario e possibile organizzare artificialmente il mondo politico.
- 7 Platone, *Politico*, 268d ss.. La versione italiana di riferimento è quella di A. Zadro, Platone, *Opere complete*, vol. II, Roma- Bari, Laterza, 1984. Per un *excursus* storico-filosofico sul tema della tecnocrazia si veda per esempio P. Portinaro, *Tecnocrazia*, "Filosofia politica", 3, 1995.
- 8 Sul carattere semanticamente chiuso del testo si veda la mia recensione a P. Lévy, *Cybercultura*, presso <<https://bfp.sp.unipi.it/rec/levy.htm>>, e i riferimenti in essa contenuti.
- 9 *Politico*, 269c ss.: il cosmo può girare o in un senso o in quello opposto, ma ovviamente non in entrambi.
- 10 Portinaro (*op. cit.*) e D. Zolo (*A proposito di Legge, legislazione e libertà di Friedrich A. von Hayek*, "Diritto privato", 1 (1996), 2 §5) osservano che Hayek, con le proposte di ingegneria costituzionale contenute nel III volume di *Law, Legislation and Liberty*, che comportano l'affidamento del potere legislativo ad una camera di notabili selezionata con un elettorato passivo e attivo molto ristretto, ricade ingenuamente in quel governo dei custodi di cui, a parole, è acerrimo nemico. Io tralascerò completamente questo tema, dal momento che è già stato abbondantemente trattato. Anche Bruno Leoni (*Freedom cit.*, p. 22, trad. it. p. 25), epigono italiano della scuola austriaca con propensioni anarco-capitalistiche, aderisce con entusiasmo alla prospettiva di un diritto giurisprudenziale fatto da notabili, sul modello del diritto romano. Leoni, naturalmente, non ricorda che lo *ius civile* romano ha potuto essere, per secoli, quasi esclusivamente diritto di giureconsulti - diritto di ottimati o *Honoratiorenrecht* - perché si fondava, almeno in origine, sulla forza e sugli interessi dei membri dell'aristocrazia, i quali trovavano opportuno dirimere le loro controversie ricorrendo all'*auctoritas* di un giurista del loro stesso ceto, piuttosto che a poteri istituzionali, esposti alla contaminazione democratica (L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 46). Vale la pena sottolineare che la simpatia per il paternalismo autoritario in pensatori di matrice liberale non è semplicemente un tratto incongruo della loro personalità, bensì una espediente teorico difficilmente evitabile per chi pretende di comprendere in una sola teoria il divenire storico come imprevedibilità e mutevolezza e una sua misura astorica.
- 11 G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Milano, Comunità, 1974, pp. 13-52.
- 12 *Ibidem*, p. 41.
- 13 Vale la pena sottolineare che è possibile dimenticarsi del ruolo del parlamento inglese proprio perché il suo potere non viene giustificato come prodotto di una costituzione pattuita e voluta, bensì come elemento di una tradizione data e immemorabile, che deve essere semplicemente scoperta, senza che occorra turbare la continuità della storia con il momento deliberativo e volontaristico insito nel concetto di potere costituente. V. a questo proposito M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 142-143.
- 14 R. Bellamy (*Liberalism and Modern Society*, Oxford, Polity Press, 1992, pp. 222-223) osserva che Hayek da una parte esalta antirazionalisticamente l'evoluzione spontanea e non pianificata, e, dall'altra, tenta di erigere a modello una forma di evoluzione spontanea. Proprio questa tensione lo condanna ad essere un teorico nello stesso tempo smisuratamente ambizioso e straordinariamente povero, di fronte a una impresa che, per produrre esiti dotati di una qualche dignità filosofica, richiederebbe probabilmente qualcosa di simile ad una riformulazione liberale della dialettica hegeliana.
- 15 R. Cubeddu, *Introduzione* a B. Leoni, *La libertà e la legge cit.*, p. XII.
- 16 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, London, Routledge & Kegan Paul, 1960, pp. 11-21 (trad. it. *La società libera*, Firenze, Vallecchi, 1969)
- 17 *Ibidem*, pp. 118-130.
- 18 *Ibidem*, pp. 71-84. Vale forse la pena sottolineare che la critica per la quale il soggetto liberale, a dispetto dell'enfasi del liberalismo sulla libertà, è un soggetto non autonomo, ma disciplinabile solo in

maniera eteronoma, dall'esterno (G. Palombella, *Filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1996, pp. 73-74), può essere rivolta molto più efficacemente a Hayek che a Kant - il quale ha aperture verso Rousseau e la democrazia che nell'economista austriaco sono difficilmente immaginabili.

- 19 Quando Hayek afferma che in una società di uomini liberi, in cui i membri possono usare le loro conoscenze per il raggiungimento dei loro fini, la giustizia sociale non ha senso, perché la divisione dei benefici materiali non è determinata dalla volontà umana (*Legge, legislazione e libertà* cit., p. 302) sta applicando esattamente questa strategia. Per sottrarre un'istituzione o una pratica all'onere della legittimazione morale, basta dimostrare che è frutto della natura, o della storia nella sua veste di seconda natura, intesa come qualcosa che non si può decidere e controllare.
- 20 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* cit., pp. 54-70. All'esperienza inglese viene contrapposta la teorizzazione illuministica francese, che si fonda sulla pretesa razionalistica e costruttivistica di proporre un modello di libertà giuridica e politica che comporti prassi e scelte volontarie. Lo stesso Hayek afferma che i modelli francesi erano stati ispirati dall'intenzione di esportare l'esperienza britannica sul continente, e questo talvolta rende confusa la differenza fra la tradizione inglese e la ragione francese. Appare, tuttavia, piuttosto difficile erigere una esperienza a modello da applicarsi contro la tradizione locale senza presumere, nei propri interlocutori, una ragione in grado di comprenderlo e una volontà politica e morale in grado di guidare scelte intenzionali e addirittura di realizzarle.
- 21 B. Leoni, *op. cit.*, p. 47 (trad. it. p. 54).
- 22 F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* cit., pp. 29-30 (trad. it. pp. 48-50). Vale la pena di citarlo in originale: "...the case for individual freedom rests chiefly on the recognition of the inevitable ignorance of all of us concerning a great many of the factors on which the achievement of our ends and welfare depends. If there were omniscient men, if we could know not only all that affects the attainment of our present wishes but also our future wants and desires, there would be little case for liberty. And, in turn, liberty of the individual would, of course, make complete foresight impossible. [...] Humiliating to human pride as it may be, we must recognize that the advance and even the preservation of civilization are dependent upon a maximum of opportunity for accidents to happen [...] All institutions of freedom are adaptation to this fundamental fact of ignorance. [...] Certainty we cannot achieve in human affairs, and it is for this reason that, to make the best use of the knowledge we have, we must adhere to rules which experience has shown to serve best on the whole, though we do not know what will be the consequence of obeying them in the particular instance."
- 23 Lorenzo Infantino, curatore di F.A. Hayek, *Conoscenza, competizione e società*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, inserisce questo passo (cfr. nota 22) nella sua antologia hayekiana, ritenendolo, evidentemente, importante e rappresentativo.
- 24 F.A. Hayek, *Legge, legislazione e libertà* cit., pp. 21-22.
- 25 *Ibidem*, pp. 52-53. I corsivi sono miei.
- 26 Cfr. nota 3.
- 27 E' quasi superfluo mettere in rilievo l'assonanza di questa petizione di principio con l'operazione teorica, peraltro assai più sofisticata, compiuta da N. Luhmann (*Soziale Systeme*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988, p. 30; trad. it. *Sistemi sociali*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 61).
- 28 F.A. Hayek, *Legge, legislazione e libertà* cit., p. 61.
- 29 Questa strategia nasconde il momento volontario e potestativo presente nel diritto; ed è anche utile per occultare il potere extragiuridico. Non è un caso che i nemici di Hayek e Leoni siano i democratici, i riformatori e i rivoluzionari, che hanno l'ingenuità di ammettere, nelle loro scelte, la presenza di questo momento. A causa di una visione naturalistica della società, Hayek, e, in misura maggiore, Leoni tendono a identificare i poteri politici formali come unica causa di oppressione. La libertà è identificata con l'assenza di coercizione governativa, e questo tende a lasciare inalterati i rapporti di potere sociali (M. Stoppino, *L'individualismo integrale di Bruno Leoni*, in B. Leoni, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1980 pp. XLVI ss.). Altrove, introducendo B. Leoni, *Le pretese ed i poteri: le radici individuali del potere e della politica*, Milano, Società Aperta, 1997 (p. XIX), Stoppino si chiede se sia conveniente, anche sul piano liberale, concentrarsi sul solo potere del governo come nemico, senza considerare la sopraffazione nella società.
- 30 F.A. Hayek, in *Legge, legislazione e libertà* cit., pp. 5-12, afferma esplicitamente che gli ordini spontanei contengono al loro interno un genere di legge caratteristico.
- 31 *Ibidem*, pp. 91 ss.
- 32 *Ibidem*, p. 256.
- 33 *Ibidem*, pp. 144-152.
- 34 *Ibidem*, p. 104-105.
- 35 Hayek, a dire il vero aggiunge un altro carattere, e cioè il fatto che quasi tutte le norme di mera condotta siano negative, cioè impongano sempre divieti e quasi obblighi che non siano conseguenza di una attività volontaria, fatta eccezione per il diritto di famiglia (*ibidem*, p. 227) e altri rari casi; mentre le norme che stabiliscono le condizioni secondo cui si può acquisire o trasferire la proprietà, stipulare contratti o testamenti etc. servono solo a definire le condizioni alle quali la legge accorda la protezione delle norme di mera condotta, rendendole sanzionabili, facendo sì che gli stati di cose rilevanti siano legalmente riconoscibili (*ibidem*, p. 222). Ma tutto questo è poco rilevante per il nostro fine, sia perché si tratta di una generalizzazione empirica, sia perché molte norme di diritto privato, soprattutto se connesse alla famiglia e al matrimonio, impongono indirettamente obblighi anche gravosi, anche dove

ci sarebbe possibilità di scelta. Si veda per esempio la critica femminista - che si applica a un ambiente di *common law* - contenuta in L.J. Weitzmann, *The Marriage Contract*, New York, The Free Press, 1981.

- 36 F.A. Hayek, *Legge, legislazione e libertà* cit., p. 214. Qui Hayek, oltre ad interpretare Kant in una maniera molto personale, mostra la sua sensibilità etnografica affermando che sarebbe moralmente sbagliato far rinvenire un vecchio eschimese abbandonato, secondo le usanze del suo popolo, a meno che non ci si assuma la responsabilità di trasferirlo in una società diversa in cui si possa provvedere alla sua sopravvivenza. Questo modo di ragionare presuppone che le culture siano entità reciprocamente impermeabili, le quali funzionano in base a regole e tradizioni marmoree, che gli individui siano predeterminati rigidamente da queste (l'Inuit, sia che venga lasciato a morire, sia che venga recapitato in un altro mondo, viene comunque trattato come un pacco postale, la cui eventuale opinione è irrilevante), e che la questione del confronto e del dialogo fra persone di diversa cultura sia un tema da non sfiorare neppure.
- 37 Si veda per esempio J. Waldron, *Particular Values and Critical Morality*, "California Law Review", 1989, 77/3, pp. 562-89 (trad. it. in A. Ferrara, *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1992, pp. 291-327).
- 38 Su questi temi, si veda innanzitutto la critica di Hayek a Leoni (*ibidem*, pp. 114-115), in merito alla necessità della legislazione (e quindi dello stato) a sostegno della giurisprudenza, sulla linea di C. Menger, *Untersuchungen über die Methode des Sozialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere*, trad. it. *Sul metodo delle scienze sociali*, liberilibri, Macerata, 1996, p. 266); per una esposizione storica, R. Cubeddu, *Sul concetto di stato nella Scuola austriaca*, "Diritto e Cultura", 1, 1998, pp. 3-35; e per un resoconto delle non sorprendenti oscillazioni di Hayek in merito a numerose importanti linee di condotta politiche, C. Guest, *Hayek (1899-1992) on Government*, <<http://www.usyd.edu.au/su/econ/research/wp-237.pdf>>.
- 39 Si veda in particolare la prefazione a B. Leoni *Freedom and the Law* (cit.).
- 40 B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, ora in B. Leoni, *Le pretese ed i poteri: le radici individuali del potere e della politica*, a cura di M. Stoppino, Milano, Società Aperta, 1997 pp. 119-133.
- 41 Si veda per esempio G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997
- 42 M. Fioravanti *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 138-139.
- 43 Si veda per esempio B. Leoni, *Freedom and the Law* cit., p. 130 (trad. it. p. 145) "... più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell'ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume etc., dove tutte le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza."
- 44 Nelle teorie dell'ordine spontaneo non si può rinunciare facilmente alla riduzione della libertà a elemento descrittivo e teoretico, perché l'unico metro di giudizio ammissibile è quello, descrittivo e teoretico, del successo evolutivo. Una libertà teoreticamente problematica, che avesse cittadinanza nella prassi e nei suoi aspetti etici, politici e giuridici sarebbe un pericoloso cavallo di Troia, perché introdurrebbe la possibilità di altre ragioni per l'azione: come il nemico politico dell'ordine spontaneo è la democrazia, così, analogamente, il suo nemico speculativo è l'autonomia della ragion pratica. G. Marini, recensendo *La libertà e la legge* di B. Leoni, in "Il pensiero politico", XXIX, 1996, pp. 332-33, osserva che "le vicende dell'etica non possono essere assimilate ai processi genetici illustrati per il diritto e tanto meno per il linguaggio (secondo una tendenza latente in queste pagine), senza introdurre nell'argomentazione problemi filosofici di grave portata, che si riflettono certamente sulle sfere più sensibili all'etica, come il diritto penale, la politica, l'economia."